Chroniques

Droit bancaire

Jean-Pierre Mattout,
Avocat associé, Kramer Levin, Professeur-associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
André Prüm,
Professeur agrégé, Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg

Juillet - décembre 2008 : le changement de décor s'accélère

À la crise des *subprimes* s'est progressivement ajoutée une crise financière profonde sur laquelle se superpose désormais une crise économique générale et durable. Le droit bancaire en est affecté, principalement par des mesures législatives et réglementaires qui traduisent les décisions prises par les autorités, en attendant que la jurisprudence, avec le décalage qui lui est propre, ait à connaître des litiges engendrés par la crise et par les scandales qu'elle met au jour. D'ores et déjà, les acteurs principaux que sont les banques connaissent un bouleversement sans précédent.

La période est aussi marquée par une forte activité législative apportant son lot de réformes – fiducie, gage sans dépossession, titrisation, secret bancaire, etc. – et par plusieurs décisions intervenues en matière d'opérations de banque à distance. Les décisions continuent, dans un contentieux qui semble inépuisable, à affiner les contours du contenu et du régime des devoirs généraux et particuliers du banquier.

Sommaire

I – Législation – règles professionnelles 94

Contrôle bancaire et LME *(L. n° 2008-776, 4 août 2008)*
Fiducie *(apport de la LME)*
Gage sans dépossession et LME *(C. civ., art. 286)*
Secret bancaire et LME *(C. mon. fin., art. L. 511-33)*
Crise financière *(lois et règlements)*
Titrisation *(Ord. n° 2008-556, 13 juin 2008 ; D. n° 2008-711, 17 juill. 2008 ; Instr. 25 juill. 2008)*
Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19.805 *(société de gestion de portefeuille et absence d'agrément)*

II – Comptes et instruments de paiement

A – Chèques 99
Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-19.324 *(opposition au chèque et liquidateur)*
Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-18.818 *(vérification de l'endos d'un chèque)*

B – Cartes de paiement 100
Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-19.324 *(contrefaçon de carte et paiement à distance)*

III – Crédits

A – Généralités 100
Cass. com., 10 juin 2008 n° 07-14.202 *(impact des dates de valeur illicites sur le TEG)*
Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-17.737 *(intégration d'une police d'assurance incendie dans le TEG)*
Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-19.905 ; Cass. 1re civ., 3 juill. 2008, n° 07-17.269 ; Cass. 1re civ, 30 sept. 2008, n° 07-12.292 *(TEG et prescription de l'action en nullité)*

B – Garantie des crédits 102
Cass. 3e civ., 5 nov. 2008, n° 07-17.357 *(résolution du prêt et maintien de l'hypothèque)*
Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.226 *(clause de défaut croisé abusive)*

IV – Responsabilité du banquier

A – Banque, activité d'intermédiaire 103
Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-12.759 *(intermédiaire ou courtier)*

B – Banquier dispensateur de crédit 104
Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, n° 07-17.270 *(devoir de mise en garde)*
Cass. 2e civ., 2 oct. 2008, nos 07-16.018 et 07-15.276 *(devoir d'information et assurance groupe)*
Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, n° 06-17.859 *(perte d'une chance)*
Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-16.898 *(crédit à la consommation affecté)*

C – Banquier prestataire de services d'investissement 105
Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-21.481 *(vente de titres au comptant à découvert via Internet)*

V – Opérations internationales 106

CA Aix-en-Provence, 1re ch. C, 30 oct. 2008, n° 2008/1004 *(crédit documentaire, paiement sur simple facture, défaut de livraison, absence de fraude)*
Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.729 *(crédit documentaire, fraude et saisie du donneur d'ordre)*

I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES

Contrôle bancaire et LME. – Moderniser en profondeur le droit financier pour continuer de disposer en France d'un environnement juridique attractif pour les entreprises comme pour les investisseurs et les épargnants (ménages, entreprises françaises ou étrangères acteurs de l'industrie financière), tel est l'un des objectifs ambitieux assignés à la loi **n° 2008-776 du 4 août 2008**, dite « LME » (http://www.modernisationeconomie.fr). À côté des mesures qui touchent la cotation en bourse, le droit des titres, les rachats d'actions ou encore l'élaboration des normes comptables, la loi pose les bases pour une refonte de l'architecture du système de supervision des banques et des entreprises d'assurance tout en renforçant sensiblement les exigences en matière de contrôle interne, habilite le gouvernement à transposer en droit français plusieurs directives européennes relatives en particulier aux services de paiement et à la lutte contre le blanchiment et révise le système de contrôle auquel se trouve soumise la Caisse des dépôts et consignations (E. Gruner, LME et actualités législatives dans le domaine du contrôle bancaire, RLDA 2008/31, p. 47). Pour l'essentiel, les changements annoncés seront le fruit de mesures que devra adopter le gouvernement dans les mois à venir, et sur lesquels nous aurons donc l'occasion de revenir.

Suite notamment à la fraude interne survenue à la Société Générale, il est d'ores et déjà prévu que les organes de gouvernance des établissements de crédit doivent veiller plus strictement à la mise en place d'un système de contrôle interne efficace et suivre les incidents révélés par celui-ci. Le plafond maximum des sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par la Commission bancaire a en même temps été décuplé (dix fois le capital minimum réglementaire, à savoir 50 millions d'euros) pour encourager les banques à se doter d'une solution de contrôle interne fiable dotée des moyens humains, techniques et financiers adéquats.

Le renforcement indispensable de l'efficacité de la supervision des groupes et conglomérats financiers transeuropéens implique de meilleurs échanges d'informations et une plus grande coopération entre les autorités en charge de la surveillance des sociétés qui en font partie. Faisant suite au Memorandum of Understanding signé à cette fin entre les autorités, banques centrales et ministères de Finances des États membres européens, la loi introduit de nouvelles obligations d'information à la charge des entités parties à un conglomérat et habilite la Commission bancaire comme l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles à participer aux collèges de superviseurs. De nouvelles procédures d'urgence et de sauvegarde peuvent, par ailleurs, être décidées à l'avenir par le gouvernement.

Sur un plan interne, les réflexions et concertations sont engagées pour dépasser la séparation actuelle des fonctions d'agrément et de surveillance, partagées dans le domaine bancaire entre le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et la Commission bancaire et dans le domaine des assurances entre l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles et le Comité des entreprises d'assurances. Un rapprochement intersectoriel entre les autorités des domaines bancaire et de l'assurance est également à l'étude, le gouvernement ayant laissé ouvertes toutes les options entre une fusion et d'autres formes de coopération interinstitutionnelle. Entre-temps, la Commission bancaire se voit confier la mission d'appuyer la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations dans la surveillance de cet établissement, sans que le pouvoir de décision échappe toutefois à ladite commission de surveillance.

La France accusant plus d'une année de retard dans la transposition de la troisième directive « antiblanchiment » (Dir. n° 2005/6/CE, 26 janv. 2005), la loi du 4 août dernier habilite le gouvernement à adopter les mesures nécessaires par voie d'ordonnance. La même procédure est prévue pour transposer la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement qui augure d'une refonte en profondeur du droit des instruments de paiement qui méritera une attention particulière. Notons dès à présent que la compétence pour agréer et surveiller les nouveaux « établissements de paiement » a été reconnue respectivement au CECEI et à la Commission bancaire.

Fiducie et apport de la LME du 4 août 2008. – Les pronostics des praticiens que la fiducie, telle qu'elle fut introduite dans le Code civil par la loi du 19 février 2007, ne connaîtrait qu'un succès très modeste viennent d'avoir raison des réticences du législateur de doter l'institution d'un régime juridique attractif. Moins de dix-huit mois après son introduction, la loi du 4 août 2008 élargit sensiblement le champ d'application de la fiducie tout en libéralisant sur certains points son régime (D. Legeais, RD bancaire et fin. 2008, n° 5, comm. 138 ; F. Barrière, La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie, JCP E 2008, n° 35, act. 385, RLDA 2008/31, p. 53). Dès l'entrée en vigueur de l'ensemble des nouvelles dispositions – le 1er février –, toute personne, physique comme morale, peut constituer une fiducie (abrogation de l'article 2014 du Code civil). En réservant ce droit aux seules personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés, le législateur n'avait pas seulement restreint son champ d'application, mais aussi fragilisé les fiducies, spécialement celles conclues à des fins de garantie.

S'agissant des personnes habilitées à agir comme fiduciaires, le cercle est dorénavant ouvert aux avocats qui s'étaient plaints d'avoir été laissés de côté (C. civ., art. 2015). Les notaires, qui ne semblent pas avoir manifesté la même déception, restent en revanche en dehors de ce cercle alors que leur rôle de conseiller y aurait probablement trouvé un prolongement naturel. L'élargissement des possibilités offertes par la fiducie résulte encore de l'extension de sa durée maximale qui n'est plus limitée à trente-trois ans mais à quatre-vingt-dix-neuf ans, à l'instar du contrat de société (C. civ., art. 2018).

Significatif de l'assouplissement du régime originel est le droit reconnu aux parties de régler conventionnellement les conditions et modalités de remplacement d'un fiduciaire qui manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui étaient confiés, alors qu'auparavant il était nécessaire d'obtenir une décision judiciaire. La nouvelle mouture de l'article 2027 du Code civil précise aussi utilement qu'en cas de dessaisissement judiciaire du fiduciaire à la demande du constituant, du bénéficiaire ou du tiers protecteur, le patrimoine fiduciaire se trouve transféré au nouveau fiduciaire.

Il faut saluer encore l'extension à la fiducie des conditions d'opposabilité simplifiées pour la cession de créances prévues pour les cessions dites « Dailly ». Selon le nouvel article 2018-2 du Code civil : « *La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire* ». Cette notification n'est soumise à aucune exigence de forme. Une solution plus nette et probablement encore meilleure aurait consisté à prévoir que le transfert s'impose également au débiteur cédé dès la conclusion du contrat de fiducie, sauf à lui permettre de continuer à se libérer valablement entre les mains du créancier originel tant qu'il n'en a pas connaissance. La simplification adoptée renforce certainement l'attrait de la fiducie dans des opérations impliquant des transferts de portefeuille de créances, comme par exemple les titrisations classiques.

Gageons que, grâce à ces retouches, la fiducie française connaîtra un bel essor. Souple et adaptable à des fins variées, tout en offrant la protection inhérente à la création d'un patrimoine autonome, l'institution le mériterait assurément. Les mesures réglementaires attendues pour préciser la portée de la loi du 4 août 2008 montreront si le gouvernement est réellement prêt à la promouvoir afin de doter le droit français d'une solution offrant des avantages comparables à un trust anglo-saxon ou à une fiducie telle celle que connaît le droit luxembourgeois.

Gage sans dépossession et LME. – À force de vouloir réformer le droit des sûretés indépendamment d'une réforme du droit des procédures collectives, le législateur prend de plus en plus de risques de malmener les catégories et principes essentiels sur lesquels repose le régime des sûretés. La loi du 4 août 2008, qui reconnaît au titulaire d'un gage sans dépossession un droit de rétention, en apporte la démonstration (**C. civ., art. 2286 ➥ 001**). Le but de la disposition est clair. Il s'agit de renforcer la position du créancier gagiste en cas de procédure collective dont le droit de préférence ne jouit pas en cette circonstance d'un rang élevé. Si l'objectif n'est pas en soi critiquable, le moyen employé pour l'atteindre l'est. Considérer que le titulaire du gage bénéficie d'un droit de rétention alors que, par hypothèse, le constituant conserve la libre disposition des biens engagés constitue un artifice. Cette prérogative ne peut s'appuyer sur aucune des variantes de connexité – matérielle, juridique ou conventionnelle – qui fonde traditionnellement le droit de rétention (A. Aynès, Le droit de rétention. Unité ou pluralité, Économica, 2005, préf. Ch. Larroumet, spécialement n° 75). Sa justification paraît plus que douteuse alors que le titulaire du gage est dans l'impossibilité d'exercer concrètement un pouvoir de blocage sur une chose dont le constituant peut librement disposer.

Certes, le cas de figure n'est pas entièrement nouveau puisque le titulaire d'un gage automobile profite aussi d'un tel droit de rétention fictif. Mais comme ce dernier, le droit reconnu au titulaire d'un gage sans dépossession se prête à des situations de conflits délicates. Ce droit de rétention s'imposera-t-il, par exemple, au tiers qui retient légitimement la chose engagée en vertu d'un droit né postérieurement ou au titulaire d'un gage avec dépossession constitué postérieurement ou cédera-t-il dans ces hypothèses ?

Ces incertitudes sont loin de renforcer la protection du titulaire du gage sans dépossession. Plutôt que de lui reconnaître un droit artificiel, sa position, en présence d'une procédure collective, aurait pu aisément être améliorée en élevant simplement son droit de préférence au même rang que celui du gagiste avec dépossession (A. Aynès, L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, JCP G 2008, 300). Cette solution aurait, pas ailleurs, présenté l'avantage de ne pas venir perturber une réflexion plus globale sur l'impact du droit de rétention sur le droit des sûretés et l'opportunité d'une éventuelle suppression comme la suggère certains (D. Legeais, Droit de rétention du créancier gagiste, RD bancaire et fin. 2008, comm. 139). Tant que le législateur s'aventure à retoucher le droit des sûretés en s'interdisant de réviser en même temps le droit des procédures collectives, nous ne serons malheureusement pas à l'abri de telles imperfections.

Secret bancaire et LME. – Les initiatives législatives prises en période de crise ne sont pas toujours heureuses. Les nouvelles dérogations apportées, pratiquement sans discussion, au secret bancaire à la suite d'un amendement présenté au Sénat au projet de loi de modernisation de l'économie en donnent un exemple.

Le respect dû à la vie privée (Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-11.993, Banque et droit 2004, n° 93, p. 54, obs. Th. Bonneau, RTD com.

Extraits

➥001 : C. civ., art. 2286

« Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :
1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.
Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

2003, p. 783, obs. M. Cabrillac) interdit au banquier de dévoiler à des tiers des informations confidentielles sur ses clients. L'obligation est sanctionnée pénalement et peut fonder une action en responsabilité civile. Elle supporte évidemment des exceptions en présence d'un intérêt supérieur. C'est à cette fin que l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier rend ce secret inopposable aux autorités judiciaires dans le cadre d'un procès pénal, à la Banque de France ainsi qu'à la Commission bancaire qui tous agissent dans l'intérêt général auquel celui-ci ne saurait faire obstacle. Le secret cède encore dans d'autres hypothèses où l'intérêt du client se trouve légitimement tenu en échec par un autre intérêt privé, tel celui d'un créancier autorisé à pratiquer une saisie sur son compte.

Mais la loi du 4 août 2008 introduit des dérogations générales d'un genre nouveau au profit, d'une part, des agences de notation et, d'autre part, de la banque dépositaire du secret elle-même (**C. mon. fin., art. L. 511-33** ➥ 002). Aux premières, les établissements de crédit peuvent dorénavant communiquer toutes informations qui leur sont utiles pour les besoins de la notation de produits financiers. L'appréciation correcte des risques inhérents aux instruments qu'elles sont appelées à noter est-elle véritablement susceptible de se heurter au caractère confidentiel d'informations touchant des clients déterminés d'une banque ? Les rapports récents mettant en lumière les faiblesses des notations n'ont pas signalé une telle difficulté. L'obligation de secret se trouve littéralement vidée par l'autorisation donnée aux banques de dévoiler des informations confidentielles à toute personne avec laquelle elles négocient ou concluent l'une des opérations figurant sur la longue liste introduite à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. Il leur suffira, en effet, de vouloir sous-traiter des fonctions opérationnelles, de solliciter un crédit ou de céder certaines de leurs créances, d'envisager une cession d'actifs ou une prise de participation ou de vouloir se couvrir contre un risque de crédit pour être déliées de toute obligation de secret sur des informations susceptibles d'intéresser leur cocontractant. Le client concerné ne sera ni prévenu, ni en droit de s'en plaindre.

C'est décidément faire peu de cas du respect de sa vie privée dès que celui-ci est susceptible de gêner son confident. Le rappel que le client ne peut pas être invité à renoncer de manière générale au bénéfice du secret bancaire ne constitue dans ce contexte qu'une maigre consolation. Seule l'extension de l'obligation de secret aux entreprises d'investissement mérite d'être saluée.

Crise financière. – Quel bouleversement ! L'observateur le plus attentif a du mal à reconnaître le paysage bancaire tant il se modifie en profondeur et à grande vitesse. Les banques qui naguère dominaient les classements mondiaux sont reléguées en queue de peloton, les établissements présentés comme s'appuyant sur les modèles économiques les plus solides subissent des chutes vertigineuses de leurs cours de bourse, les fusions et les interventions étatiques se multiplient, dans une certaine parenthèse du droit de la concurrence, la perfusion de liquidités organisée par les banques centrales s'éternise, le prix de l'argent est devenu presque égal à zéro aux États-Unis, de nouveaux scandales apparaissent minant encore davantage la confiance évaporée…

Les manifestations juridiques de cette crise profonde en France se situent, pour le moment, principalement dans la mise en œuvre des contrats en cours passés avec des banques en difficulté ou en faillite, comme Lehman Brothers ou des banques islandaises, et dans certaines mesures d'ordre législatif ou réglementaire.

Extraits

➥ **002 : C. mon fin., art. L. 511-33**

« Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel.

Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la Commission bancaire ni à la Banque de France ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

Les établissements de crédit peuvent par ailleurs communiquer des informations couvertes par le secret professionnel, d'une part, aux agences de notation pour les besoins de la notation des produits financiers et, d'autre part, aux personnes avec lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent les opérations ci-après énoncées, dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci :

1° Opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ;

2° Opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ;

3° Prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ;

4° Cessions d'actifs ou de fonds de commerce ;

5° Cessions ou transferts de créances ou de contrats ;

6° Contrats de prestations de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes ;

7° Lors de l'étude ou l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations, dès lors que ces entités appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication. Outre les cas exposés ci-dessus, les établissements de crédit peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire. Les personnes recevant des informations couvertes par le secret professionnel, qui leur ont été fournies pour les besoins d'une des opérations ci-dessus énoncées, doivent les conserver confidentielles, que l'opération susvisée aboutisse ou non. Toutefois, dans l'hypothèse où l'opération susvisée aboutit, ces personnes peuvent à leur tour communiquer les informations couvertes par le secret professionnel dans les mêmes conditions que celles visées au présent article aux personnes avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent les opérations énoncées ci-dessus ».

La mise en œuvre des droits des contractants au titre des nombreux contrats financiers en cours, le plus souvent soumis au droit anglais ou américain, se révèle très difficile du fait de la complexité des conventions et des difficultés d'interprétation qui se révèlent dans une situation de crise paroxysmique. Les premiers contentieux se nouent, souvent sous forme de *class actions* aux États Unis, d'autres suivront, y compris en France (H. de Vauplane, La crise financière et le droit français, JCP G 2008, I, 220).

Au plan légal et réglementaire, outre le renforcement du contrôle opéré par la LME évoqué ci-dessus, on peut encore citer pêle-mêle et sans être complet :

- l'arrêté du 11 septembre 2008 modifiant diverses dispositions réglementaires relatives au **contrôle prudentiel** des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (JO 24 sept., JCP E 2008, n° 40, act. 433) ;
- le décret n° 2008-922 du 11 septembre 2008 relatif à la publication par le CECEI et la Commission bancaire de documents relatifs à la **surveillance prudentielle** (JO 13 sept., JCP E 2008, n° 38, act. 415) ;
- la publication d'un mode d'emploi par la Commission, « ***Aides d'État** et crise bancaire* », au titre s'expliquant de lui-même (Comm. IP/08/1495, 13 oct. 2008) ;
- **l'aménagement des normes comptables** internationales dont l'effet gravement procyclique a été dénoncé par certains (Règl. n° 1004/2008/CE, 15 oct. 2008, JOUE 16 oct., n° L 275, p. 37, JCP E 2008, n° 44, act. 482 ; v. le dossier sur les normes IFRS, Rev. banque 2009, 28 et s.) ;
- la loi n° 2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie (art. 6) (JO 17 oct., p. 15905) sur le **plan de sauvetage bancaire**, avec la création de la **Société française de financement de l'économie française** (SFEF) ;
- l'arrêté du 20 octobre 2008 relatif aux modalités d'admission en sûreté des éléments d'actifs mobilisés par les établissements de crédit (Act. Dalloz, 22 oct. 2008) et le règlement européen n° 1053/2008/CE sur le même sujet (JOUE 25 oct., n° L 282, p. 17) qui assouplissent les **conditions de refinancement en monnaie centrale** ;
- l'arrêté du 23 octobre 2008 accordant la garantie de l'État à un programme d'émissions de titres de créances réalisé par la SFEF qui a déjà réalisé plusieurs opérations (JO 25 oct., Act. Dalloz, 23 oct. 2008) et qui participe de la mise en place des structures juridiques créées pour mettre en œuvre le plan français d'aide aux banques, avec la **Société de prises de participations de l'État** (SPPE) qui est déjà intervenue au capital de Dexia…

En attendant de repenser plus globalement le droit bancaire et financier (D. Doise, Subprime : le prix des transgressions, RD aff. int. 2008, n° 4, p. 558 ; H. Causse, J. Stoufflet et S. Durox, Après la crise financière, quelle rénovation du droit bancaire et financier ?, RD bancaire et fin. 2008, p. 5).

Titrisation. – Le moment n'était probablement pas le plus propice pour tenter de relancer les opérations de titrisation sous droit français alors que la technique est accusée d'avoir contribué à la crise financière déclenchée par l'effondrement des marchés des *subprimes*. Les aménagements récents de son régime n'en sont pas moins bienvenus. Il faut d'abord se féliciter que le gouvernement ait saisi la perche tendue par la directive sur la réassurance pour élargir l'objet de la titrisation aux risques d'assurance (**Ord. n° 2008-556, 13 juin 2008**, JO 14 juin, JCP E 2008, act. 382, RLDA 2008/30, p. 41). Le cadre général de la titrisation bénéficie de l'introduction, à côté des traditionnels fonds communs de titrisation (nouvelle appellation des fonds communs de créances), des sociétés de titrisation qui peuvent prendre la forme soit d'une société anonyme, soit d'une société par actions simplifiée. Parmi les autres améliorations, signalons la protection des véhicules de titrisation contre le risque de « faillite » du cédant et la possibilité de recourir à une société de gestion de portefeuille, l'élargissement de la liste des actifs que peut détenir un organisme de titrisation, la sécurité avec laquelle il peut conclure des contrats d'instruments financiers à terme ou la cession de créances avant leur terme, l'assouplissement des règles régissant la cession et recouvrement des créances ainsi que la conservation des actifs (**D. n° 2008-711, 17 juill. 2008**, JO 19 juill.) ou les précisions apportées sur le régime fiscal des fonds de titrisation (**Instr. 25 juill. 2008**, BOI 7 F-1-08, JCP E 2008, n° 35, act. 395).

Voilà le droit français paré pour affronter à nouveau la concurrence des législations d'autres pays européens, comme celle du Luxembourg qui semble avoir servi à certains égards de modèle.

Société de gestion de portefeuille et absence d'agrément. – C'est tout un montage particulier que la Cour de cassation vient de condamner. Une personne physique, en même temps actionnaire unique d'une société, avait simultanément conclu avec une société de gestion de portefeuille dûment agréée, à la fois un contrat d'apport de la clientèle appartenant à la société unipersonnelle et, pour la personne physique, un contrat de travail à temps partiel de gestionnaire de portefeuille. Pour la partie de la clientèle ainsi apportée, la société de gestion devait reverser à la société unipersonnelle 80 % des honoraires perçus auprès de la clientèle, après déduction des salaires et charges de la personne physique. Autant dire qu'il était tentant de penser que la société unipersonnelle exerçait le métier de société de gestion au travers de la vraie société de gestion agréée et de sa nouvelle salariée, mais sans avoir elle-même reçu l'agrément nécessaire.

La difficulté allait surgir lorsque la société de gestion cessa de s'acquitter de sa dette envers la société unipersonnelle et qu'à la suite d'une demande en justice, la décision de la cour d'appel allait retenir la nullité de ce montage, approuvée ensuite par la Cour de cassation (**Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19.805** ➡ 003 Act. Dalloz, 18 nov. 2008, obs. X. Delpech).

Il est important de noter que ce ne sont pas les opérations passées avec la clientèle qui sont concernées par la nullité mais le montage lui-même, qui aboutissait à per-

mettre l'exercice de l'activité réglementée par personne interposée. Il est d'ailleurs probable que, juridiquement, et en apparence, les opérations effectuées par la clientèle aient été passées avec la société de gestion dûment agréée. Le cas de figure se distingue dès lors de celui des opérations d'emprunt dont la nullité a parfois été recherchée par des clients qui ont conclu avec une banque non habilitée à traiter en France, ou ayant agi au-delà des limites de son agrément, et que la jurisprudence, à juste titre, se refuse de sanctionner par la nullité (Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, Dr. & patr. 2005, n° 143, p. 97 ; Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-19.244, Dr. & patr. 2007, n° 164, p. 68 ; Cass. com., 24 avr. 2007, n° 05-21.998, Banque et droit 2007, 16, obs. Th. Bonneau). Ici, la nullité du montage aboutit à priver la société de Mme W. de recevoir les sommes promises et à devoir restituer celles déjà reçues. C'est l'objet même du contrat qui était illicite.

II – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A – Chèques

L'opposition du chèque et le liquidateur. – C'est dans le cadre de la procédure collective ouverte contre la société Parmalat France que ce contentieux allait se nouer. En effet, Carrefour émit un chèque le 1er janvier 2004 en faveur de Parmalat France. Le 8 janvier suivant, cette dernière était placée en liquidation judiciaire. Elle remit alors le chèque à son liquidateur qui l'endossa et le présenta au paiement le 13 janvier. Le 29 janvier suivant, Carrefour forma opposition au paiement du chèque du fait de la liquidation des biens du bénéficiaire. En effet, il entendait faire jouer une convention-cadre intervenue antérieurement entre lui et ses filiales, d'une part, et Parmalat, d'autre part, permettant le paiement par compensation en cas de créances réciproques, ce qui était bien le cas.

La Cour de cassation n'allait pas donner une suite favorable à cette demande par des motifs totalement justifiés (**Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-19.324** ➡ **004** D. 2008, p. 2139, obs. X. Delpech, JCP E 2008, n° 38, 2128).

Le chèque est un moyen de paiement à vue et pour assurer la confiance du public dans cet instrument, il convient de limiter drastiquement les cas dans lesquels il est juridiquement possible au tireur d'y faire opposition. Parmi les rares cas admis par la loi (perte, vol, utilisation frauduleuse), l'article L. 131-5, alinéa 2, du Code monétaire et financier vise aussi la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires du porteur. La liste est limitative. Cependant, il a toujours été admis que ce dernier cas d'opposition était en réalité formulé en faveur de l'ensemble des créanciers du porteur failli. En effet, le législateur a craint que le failli ne dissipe le montant du chèque au détriment de ses créanciers. Dès lors, dans la mesure où le chèque est présenté par le liquidateur, ce risque n'existe plus et l'opposition peut être valablement levée. La solution est ainsi conforme au fondement de la règle. À cet égard, à notre sens, et quoi que suggère l'arrêt, l'opposition aurait aussi bien dû être levée, si elle avait été formée avant la remise du chèque au liquidateur. Ce qui importe est de savoir qui présente le chèque au paiement, et non la date de l'opposition par rapport à la date de la remise du chèque au liquidateur. Si c'est le bénéficiaire lui-même, l'opposition devra être maintenue ; si c'est le liquidateur, l'opposition devra être levée par le juge, le banquier tiré, dans tous les cas, n'ayant pas à se faire juge lui-même du bien-fondé de l'opposition reçue du tireur. Il est même possible d'imaginer qu'après un premier refus de paiement par la banque du fait de l'opposition, le chèque soit retourné au bénéficiaire et que celui-ci le remette au liquidateur qui le présentera à nouveau au paiement, en demandant la levée de l'opposition ; ce que le juge devrait faire, pour les raisons qui tiennent à la *ratio legis* exposée.

Le chèque ayant circulé et la propriété de la provision étant passée, il est dès lors logique que la Cour ait également jugé que Carrefour devait être considéré comme ayant nécessairement renoncé à la compensation qu'il aurait pu sans doute faire jouer si le chèque n'avait pas été émis et remis à son bénéficiaire.

L'endos d'un chèque doit être vérifié. – La règle n'est pas nouvelle et est inscrite à l'article L. 131-19 du Code monétaire et financier. C'est une opération de banque faite dans des circonstances particulières qui

Extraits

➡ **003 : Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19.805**

« Le contrat de travail de Mme W. n'avait porté que sur trente heures hebdomadaires, cette dernière, associée unique de la société Éthique et performances, avait en réalité exercé sur la clientèle de celle-ci une activité indépendante de gérant de portefeuille ; le contrat litigieux avait eu pour objet de permettre à Mme W., présentée comme employée de la société GSD Gestion, d'exercer de manière autonome une activité propre de gestion de portefeuille pour laquelle elle ne disposait pas de l'agrément requis, la cour d'appel a retenu a bon droit que la nullité de ce contrat devait être prononcée en raison du caractère illicite de son objet ».

➡ **004 : Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-19.324**

« L'opposition au paiement d'un chèque prévue par l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier au motif que son porteur est en liquidation judiciaire, ne peut plus être admise s'il est établi que le titre en cause a été remis à son liquidateur. L'opposition formée postérieurement à la remise au liquidateur était irrégulière.

L'émission du chèque avait transféré la propriété de la provision de la créance à son fournisseur, ayant constaté la remise du chèque au liquidateur et retenu que l'opposition à son paiement était irrégulière, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, en déduire la volonté non équivoque de la société de renoncer à se prévaloir du bénéfice de la compensation attachée au caractère connexe des créances, peu important que le chèque n'ait pas été encaissé ».

conduit la Cour de cassation à le rappeler. Une vente d'automobile devait se faire par Internet et le vendeur remit le véhicule après que l'acheteur lui eut promis de virer le prix sur son compte. L'acheteur vérifia toutefois auprès de sa banque, en utilisant le service vocal mis à sa disposition, que son compte avait bien été crédité de ce montant. C'était tout à fait le cas, mais le paiement ne résultait pas d'un virement comme promis, mais de la remise d'un chèque que l'on suppose avoir été remis à la banque par le tireur lui-même et ainsi endossé par lui bien que libellé au nom du bénéficiaire titulaire du compte. Le chèque revint impayé. L'arrêt quelque peu laconique ne précise pas la raison du refus de paiement (absence de provision ou irrégularité d'endos, par exemple). Aussi fut-il contrepassé par la banque remettante, ce que le bénéficiaire n'accepta pas.

La banque soutenait que le crédit en compte d'un chèque n'est pas définitif tant qu'il n'est pas effectivement encaissé auprès de la banque tirée et que le système de dépôts « *libre service* » ne la privait pas du droit de faire jouer la clause dite « *sous réserve d'encaissement* ».

Suivie par la cour d'appel, la banque n'allait pas recevoir le même accueil de la Cour suprême (**Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-18.818** ➡ 005). En effet, la question ne se posait pas vraiment en termes de droit pour la banque de contrepasser un chèque impayé. La faute se situait en amont. Si la banque avait vérifié l'apparence de conformité de l'endos, elle aurait nécessairement détecté qu'il n'émanait pas du bénéficiaire du chèque ou d'un de ses mandataires et aurait alors dû refuser de le prendre à l'encaissement et, partant, de créditer le compte, même sous réserve d'encaissement. Sans cette erreur initiale, la suite malencontreuse d'événements n'aurait guère pu se produire. L'assouplissement des règles de vérification des chèques est un risque calculé des banques il ne permet pas de transférer la responsabilité sur le client, même au prix d'un service qui lui est rendu, soit par une formule de « dépôts libres », soit par utilisation d'un serveur vocal ne précisant pas la forme dans laquelle un paiement a été effectué et qui, ici, a fait toute la différence.

B – Cartes de paiement

Contrefaçon de carte et paiement à distance. – Les opérations de banque à distance posent décidément des questions particulières. Le législateur s'est efforcé d'en résoudre certaines, par des dispositions plus politiques que juridiques, en transférant le coût de la fraude sur le système bancaire, à charge pour lui de le socialiser en le répartissant ensuite sur l'ensemble des utilisateurs. Une illustration en a été donnée récemment lorsque la jurisprudence a refusé de considérer que l'utilisation frauduleuse du code secret impliquait nécessairement une négligence fautive du porteur de la carte (Cass. 1re civ., 28 mars 2008, n° 07-10.186, Dr. & patr. 2008, n° 173, p. 95, D. 2008, p. 1136, obs. V. Avena-Robardet).

Au visa des articles L. 132-4 et L. 132-6 du Code monétaire et financier, la Chambre commerciale s'inscrit dans la même tendance (**Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-19.324** ➡ 006 JCP E 2008, 2491, obs. P. Bouteiller). Les circonstances de fait auraient pu, en application des règles traditionnelles de la responsabilité, laisser espérer à la banque une issue différente. En effet, alors qu'il avait été victime d'une utilisation frauduleuse de sa carte contrefaite en mai 2001 et qu'il avait toujours en sa possession, le porteur n'avait pas jugé utile de faire opposition auprès de sa banque avant le mois de décembre suivant. La cour d'appel y avait vu une négligence extrême de nature à le priver du droit d'être recrédité d'opérations frauduleuses faites en décembre 2001 et dans les cent vingt jours précédents, conventionnellement laissés au titulaire pour faire opposition dans ce cas. La banque espérait faire prévaloir l'idée que ce retard à faire opposition alors qu'il avait eu connaissance de l'utilisation frauduleuse de sa carte à la lecture de ses relevés devait le priver de se prévaloir du délai conventionnel de cent vingt jours pour former opposition. Les textes actuels ne permettant pas une telle interprétation laissant une place à la négligence constitutive d'une faute lourde, la Cour de cassation en a fait une application littérale en termes de responsabilité, tout en retenant clairement la négligence du porteur. Cette solution ne devrait pas durer dans la mesure où la transposition de la directive sur les services de paiement, qui doit intervenir d'ici novembre 2009, devra retenir la responsabilité du porteur qui n'aura pas montré davantage de diligence dès la connaissance qu'il aura du détournement de sa carte, y compris restée en sa possession. Le droit actuel sanctionne déjà le porteur, en cas de dépossession de sa carte, s'il n'a pas fait opposition avec la diligence nécessaire.

Extraits

➡ **005 : Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-18.818**
« Le banquier récepteur, chargé de l'encaissement d'un chèque, est tenu de vérifier la régularité apparente de l'endos apposé sur le titre ».

➡ **006 : Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-19.324**
« La responsabilité du titulaire d'une carte de paiement n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte. La négligence du titulaire n'est pas de nature à décharger l'émetteur de son obligation de recréditer le montant d'une opération qui a été contestée dans le délai de soixante-dix jours, ou dans celui contractuellement prolongé dans la limite de cent vingt jours ».

III – CRÉDITS

A – Généralités

Impact des dates de valeur illicites sur le taux effectif global (TEG). – L'argument était astucieux, mais la Cour de cassation a évité d'en tirer une solution

qui aurait été critiquable. Le calcul exact du TEG lié à une autorisation de découvert en compte dépend de la durée pendant laquelle le compte se trouve en position débitrice. Celle-ci est fonction elle-même des dates de valeur appliquées aux inscriptions en compte. Lorsqu'une banque recourt à des dates de valeur illicites, elle allonge la durée des découverts. Le calcul du TEG qu'elle en déduit s'en trouve nécessairement affecté.

Ayant réussi à démontrer qu'elle avait été victime de l'usage par sa banque de dates de valeur injustifiées, une société s'est plainte d'avoir reçu communication sur ses relevés de compte de TEG par hypothèse inexacts. Elle a demandé, en conséquence, que les intérêts débiteurs de son compte soient recalculés sur la base du taux d'intérêt légal.

En l'absence d'indication sur les relevés périodiques du TEG réellement appliqué, il est admis, comme le rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt évoqué (**Cass. com., 10 juin 2008, n° 07-14.202, F-P + B** ➡ 007 Banque et droit, 2008, n° 120, p. 15, obs. Th. Bonneau, RD bancaire et fin. 2008, comm. 102, note F.-J. Crédot et Th. Samin), qu'il n'y a pas d'accord entre le banquier et son client sur une stipulation d'intérêts conventionnels. Cette sanction ne doit cependant pas être appliquée lorsque le caractère inexact du calcul du TEG résulte d'une erreur en quelque sorte mécanique liée à l'application de dates de valeur illicites. Dans ce cas, la banque s'est bien acquittée de son obligation de tenir son client régulièrement informé du coût du crédit réellement supporté. Les intérêts du client sont correctement pris en compte par la réduction des périodes de découvert. Il n'y a pas de justification à le délier au surplus de l'accord sur le taux d'intérêt conventionnel au motif qu'il aurait reçu une information inexacte sur le TEG appliqué (➡ 008).

Intégration d'une police d'assurance incendie dans le TEG. – Pour renseigner l'emprunteur de manière aussi complète que possible sur le coût du crédit immobilier qu'il prend, le TEG doit intégrer les frais relatifs à l'assurance incendie de l'immeuble financé dès lors que l'octroi du crédit est subordonné à la souscription de cette assurance. Le fait que ladite police ne soit pas contractée avec la banque prêteuse mais auprès d'un tiers assureur ne délie pas la première de l'obligation d'en tenir compte. Même si le coût exact ne lui est pas connu, il lui incombe de s'informer auprès du souscripteur avant de procéder à la détermination du TEG dans le champ duquel un tel coût entre impérativement (**Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-17.737**). La Cour refuse ainsi de suivre l'opinion selon laquelle la souscription d'une assurance incendie relève plus de la gestion de bon père de famille que d'un coût supplémentaire imposé par la banque dans son propre intérêt. Il faudra en tenir compte.

TEG et prescription de l'action en nullité. – Dans le but d'une plus grande sécurité juridique, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile aligne le délai de prescription des actes civils et mixtes sur celui des actes de commerce, à savoir cinq ans, tout en instaurant un délai butoir (**C. civ., art. 2232, al. 1er** ➡ 009). Le nouvel article 2224 du Code civil prend soin, par ailleurs, de préciser que : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». La Chambre commerciale de la Cour de cassation a anticipé cette solution, dans **deux arrêts du 10 juin 2008** – signalés dans notre précédente chronique – à propos de concours financiers accordés à une personne pour les besoins de son activité professionnelle. Par la même occasion, elle a cessé, dans ce cas de figure, d'opérer une distinction selon que la mention du TEG faisait tout simplement défaut ou était erronée. Dès lors, « *la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel engagée par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle court à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global ; [...] le point de départ de cette prescription est, s'agissant d'un prêt, la date de la convention et, dans les autres cas, la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué* » (**Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-19.905**). Les commentaires publiés sur cette nouvelle position ne sont pas unanimes quant à sa portée, certains auteurs consi-

Extraits

➡ 007 : Cass. com., 10 juin 2008, n° 07-14.202

« (...) l'obligation de payer dès l'origine des agios conventionnels par application du taux effectif global exige non seulement que soit porté sur un document écrit préalable à titre indicatif le taux effectif global mais aussi que le taux effectif global appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve ;
Et attendu qu'à défaut de cette première exigence, les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir, et qu'à défaut de la seconde exigence, la seule mention indicative de ce taux, ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'intérêts conventionnels ».

➡ 008 : Cass. com., 10 juin 2008, n° 07-14.202

« Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que la banque devait rectifier son décompte, en ne retenant aucune date de valeur négative pour les chèques émis, pour les prélèvements et les virements, autres que ceux émanant d'American express, et en appliquant une date de valeur de deux jours pour les remises de chèques et de factures carte bleue, l'arrêt retient que la société et M. X... ne justifient aucunement en quoi la banque aurait fait une application inexacte du TEG, hormis la modification mécanique de ce taux résultant de cette rectification ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le TEG indiqué sur les relevés de compte correspondait au coût du crédit réellement supporté pendant la période considérée, la cour d'appel n'a pas encouru les griefs des trois premières branches ».

dérant qu'elle vaut pour l'ensemble des emprunteurs, professionnels comme consommateurs (A. Gourio et N. Aynès, JCP E 2008, p. 2221), alors que d'autres soulignent que la Chambre commerciale ne s'est prononcée qu'à propos des concours consentis à des fins professionnelles (Y. Gérard et P. Pinot, D. 2008, p. 2200, Banque et droit 2008, n° 121, p. 30, obs. Th. Bonneau).

La première chambre civile de la Cour de cassation ne lève malheureusement pas clairement le doute dans ses **arrêts du 3 juillet et du 30 septembre 2008** qui concernent *a priori* l'un et l'autre des personnes agissant en dehors de leur activité professionnelle. La motivation du premier reste ambiguë, même si, en définitive, la Cour semble reprocher à l'arrêt d'appel de ne pas avoir vérifié si l'erreur alléguée affectant le TEG avait été révélée à l'emprunteur (**Cass. 1re civ., 3 juill. 2008, n° 07-17.269** ➡ 010 Banque et droit 2008, n° 121, p. 31, obs. Th. Bonneau, Contrats, conc., consom. 2008, comm. 261, obs. G. Raymond). Le choix de ne pas publier l'arrêt au *Bulletin* renforce l'impression que la première chambre civile n'a voulu ni s'aligner sur, ni se démarquer des arrêts précités de la Chambre commerciale.

Sa seconde décision ne brille pas par une plus grande clarté. La Cour connaît d'une action en nullité dirigée contre une ouverture de crédit et un prêt où le TEG avait été calculé de manière erronée sur la base d'une année de trois cent soixante jours. Les juges du fond avaient fixé dans les deux cas le point de départ de l'action en nullité à la date du prêt. La Cour de cassation rappelle que « *la prescription n'avait pu courir qu'à compter de la date à laquelle l'emprunteur avait connu ou aurait dû connaître l'erreur de la banque dans le calcul du taux pratiqué* ». S'agissant de l'ouverture de crédit qui ne mentionnait aucun taux, elle conclut que la demande devait être introduite dans un délai de cinq ans à compter de la conclusion de l'acte. La solution s'imposait dans la mesure où l'emprunteur ne pouvait dès cet instant ignorer l'irrégularité. Quant au prêt qui indiquait un taux erroné, suite à sa détermination sur la base d'une année incomplète, la prescription ne pouvait courir dès la signature, l'erreur n'étant pas immédiatement perceptible par l'emprunteur (**Cass. 1re civ., 30 sept. 2008, n° 07-12.292** ➡ 011 Banque et droit 2008, p. 20, obs. Th. Bonneau). On est tenté d'en conclure que la prescription de l'action en nullité ne court pas contre les consommateurs dès la date de conclusion du prêt lorsque celui-ci indique un taux qui s'avère faux, alors que tel n'est plus le cas pour les personnes agissant à des fins professionnelles. Vu l'enjeu de la question, il aurait été préférable que la première chambre civile prenne position de façon univoque par rapport aux arrêts de la Chambre commerciale.

B – Garantie des crédits

Résolution du prêt et maintien de l'hypothèque. – La combinaison de l'obligation de restitution de l'emprunteur envers son prêteur et du droit de suite du créancier hypothécaire, protégé par l'article 2393 du Code civil, a permis à la Cour de cassation d'ordonner le maintien d'une hypothèque après avoir approuvé l'annulation d'un contrat de prêt (**Cass. 3e civ., 5 nov. 2008, n° 07-17.357** ➡ 012). En l'espèce, un crédit hypothécaire avait été consenti à l'acheteur de lots vendus en l'état futur d'achèvement. Le promoteur s'avérant défaillant, la vente devait être résolue et le contrat de crédit également par voie de conséquence. La cour d'appel avait cru devoir refuser le maintien de l'hypothèque demandé par la banque.

La Cour de cassation a une vision exacte de la résolution ou de l'annulation d'un prêt qui, par l'effet rétroactif ou la remise dans le *statu quo ante*, ne dispense pas l'emprunteur de devoir rembourser le principal. Il fallait encore franchir un pas supplémentaire en maintenant la sûreté qui avait été prise pour assurer ce remboursement. Ce pas avait été déjà franchi à l'occasion d'une précédente décision où la sûreté était un cautionnement (Cass. com., 17 nov. 1982, n° 81-10.757, Bull. civ. IV, n° 357). *A fortiori* la même solution s'imposait-elle pour une sûreté réelle assortie d'un droit de suite.

Extraits

➡ **009 : C. civ., art. 2232, al. 1er**

« Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit ».

➡ **010 : Cass. 1re civ., 3 juill. 2008, n° 07-17.269**

« Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions des emprunteurs, à quelle date l'erreur alléguée affectant le TEG mentionné à l'acte de prêt, dont elle n'avait pas relevé que les énonciations faisaient par elles-mêmes apparaître cette erreur, leur avait été révélée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

➡ **011 : Cass. 1re civ., 30 sept. 2008, n° 07-12.292**

« Qu'en statuant ainsi, quand la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel court à dater du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global, de sorte que, si le défaut de mention du taux effectif global dans l'acte d'ouverture de crédit du 19 octobre 1993 rendait irrecevable la demande formée plus de cinq ans après la conclusion de cet acte, en revanche, s'agissant du prêt personnel du 22 juillet 1994, la prescription n'avait pu courir qu'à compter de la date à laquelle Mme X... avait connu ou aurait dû connaître l'erreur de la banque dans le calcul du taux pratiqué ».

➡ **012 : Cass. 3e civ., 5 nov. 2008, n° 07-17.357**

« L'obligation de restituer inhérente à un contrat de prêt annulé demeurant tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'hypothèque en considération de laquelle ce prêt a été consenti subsiste jusqu'à l'extinction de cette obligation ».

La clause de défaut croisé peut être abusive. – La clause de défaut croisé est la clause par laquelle le banquier se réserve de prononcer la déchéance du terme d'un crédit consenti si l'emprunteur ne rembourse une autre quelconque de ses dettes envers un autre de ses créanciers ; elle est censée pouvoir jouer alors même que le crédit qui la contient serait ponctuellement remboursé et à jour. L'idée sous-jacente du prêteur est de pouvoir agir vite dans cette éventualité, avant même que la cessation des paiements de l'emprunteur ne soit consommée. Certaines de ces clauses peuvent être relativement complexes et prévoir un certain nombre d'exceptions.

Les banques ont beaucoup développé ce type de clauses, appelées « sûretés négatives » dans les opérations de crédit. Elles sont de pratique courante dans les opérations commerciales où les emprunteurs, à l'image des pratiques contractuelles anglo-saxonnes, ont dû s'habituer à devoir souscrire un ensemble d'obligations de faire et de ne pas faire très contraignantes, dont la sanction est toujours la faculté pour la banque de prononcer l'exigibilité anticipée. Cette pratique largement standardisée n'en est pas moins condamnable dans le crédit aux consommateurs. La Cour de cassation (**Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.226** ➥ **013** D. 2008, obs. V. Avena-Robardet), au visa de l'article L. 132-1 du Cde de la consommation, le rappelle à nouveau (Cass. 1re civ., jour mois 2005, n° 01-16.733, Bull. civ. I, n° 60).

Cet article, dont les dispositions sont d'ordre public, répute non écrite la clause abusive et renvoie à un article annexe qui donne une liste indicative des clauses considérées comme abusives. Bien que la clause de défaut croisé n'y figure pas expressément, la formulation de l'attendu de la décision évoque l'article de l'annexe I, j), qui considère comme abusive la clause ayant pour objet ou pour effet « *d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat* ». Cette clause a également fait l'objet des critiques de la Commission des clauses abusives (Recomm. Comm. cl. abusives, 24 févr. 2005 ; G. Poissonnier, Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation, D. 2004, p. 370).

Cela ne signifie sans doute pas que toutes les clauses de défaut croisé soient nécessairement abusives dans les relations avec les consommateurs. Une clause plus limitée, plus circonstanciée, visant, par exemple, certaines dettes en relation avec l'objet du contrat de prêt, pourrait probablement trouver grâce aux yeux de la jurisprudence.

IV – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER

A – Banque, activité d'intermédiaire

Intermédiaire ou courtier, le flou pour tous. – L'intervention de divers intermédiaires et courtiers se développe dans les opérations de banque, depuis notamment l'engouement des consommateurs pour les comparateurs de prix *via* Internet. Leur rôle est souvent mal défini et ne fait pas toujours l'objet d'un contrat écrit avec les banques auxquelles ils apportent des opérations. Souvent, ils sont multicartes et travaillent simultanément pour plusieurs banques. Le Code monétaire et financier propose un statut, aux contraintes légères, dans ses articles L. 519-1 et suivants, celui d'intermédiaire en opérations de banque. Mais cela suppose que ledit intermédiaire puisse conclure des actes juridiques au nom et pour le compte de la banque, comme tout mandataire. S'il se limite à mettre en contact des clients avec telle ou telle banque, l'opération relève alors davantage du courtage. Si ledit intermédiaire se livre à du démarchage, il doit alors également satisfaire aux obligations légales en matière de démarchage bancaire et financier.

À l'occasion de la rupture par une banque du « contrat d'intermédiaire » qui la liait à une personne, cette dernière tenta d'obtenir une indemnisation en soutenant que le contrat l'unissant à l'établissement était un mandat d'intérêt commun, dont on sait qu'il ne peut, en droit commun, être rompu unilatéralement avec la même aisance que le mandat ordinaire. La Cour de cassation, écartant l'intitulé du contrat, ne retient pas la qualification de mandat dans la mesure où aucun acte juridique au nom et pour le compte de la banque n'était accompli par l'intermédiaire et que celui-ci n'avait aucun pouvoir pour la représenter. Elle en tire ensuite la conséquence logique que ne s'agissant pas d'un mandat, qui suppose l'accomplissement d'actes juridiques et pas seulement matériels, il ne saurait non plus s'agir d'un mandat d'intérêt commun, trouvant de plus appui dans le fait que la clientèle appartenait à l'intermédiaire et pas même pour partie à la banque (**Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-12.759** ➥ **014** D. 2008, p. 2140, obs. X. Delpech, JCP E 2008, 2424, n° 11, obs. A. Salgueiro, sous la dir. de J. Stoufflet et N. Mathey).

La situation mériterait grandement d'être clarifiée en droit français, tant pour ces intermédiaires, auxquels un statut précis impliquant des droits pourrait être donné, mais aussi pour mieux protéger les tiers en imposant à ces intermédiaires des obligations et une surveillance précise par les autorités bancaires. Cela concourrait à mieux protéger les clients qui s'adressent à eux sans que leur situation juridique soit clairement établie, notamment en matière de gestion des conflits d'intérêts qui accablent ces intermédiaires. Sans jouer les oiseaux de malheur, on ne peut s'empêcher

Extraits

➥ **013 : Cass. 1re civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.226**

« Prévoyant la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat, envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé, par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt ».

de rappeler que l'origine de la crise des *subprimes* a été, pour une large part, le fait de crédits immobiliers distribués par des courtiers s'interposant entre les clients et les banques américaines dans un flou réglementaire à peu près total.

B – Banquier dispensateur de crédit

Devoir de mise en garde. – L'emprunteur profane doit être mis en garde par le banquier qui lui propose un crédit sur les risques que comporte celui-ci au regard de ses capacités financières et de son endettement. Réitérant les termes des arrêts de la Chambre mixte du 29 juin 2007 (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n^{os} 05-21.104 et 06-11.673, Dr & patr. 2007, n° 164, p. 77), la première chambre civile de la Cour de cassation casse une décision d'appel qui avait écarté la responsabilité de la banque, sans rechercher si les emprunteurs pouvaient être qualifiés d'avertis ou étaient de simples profanes et sans apprécier, dans ce second cas, « *si conformément au devoir de mise en garde dont il était tenu à leur égard lors de la conclusion du contrat, le Crédit agricole justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard non seulement des " charges du prêt " mais aussi de leurs capacités financières et du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt* » (**Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, n° 07-17.270, Épx X c/CRCAM Nord Midi-Pyrénées**, JCP E 2008, 2245, note D. Legeais, Banque et droit 2008, p. 21, obs. Th. Bonneau, D. 2008, p. 2342, obs. V. Avena-Robardet). Sans être nouvelle, la solution rappelle utilement que des emprunteurs agissant à des fins professionnelles peuvent cependant être profanes en matière de crédit. En l'espèce, le financement avait été sollicité par deux époux pour un projet de création de village de vacances. L'une des décisions de la Chambre mixte concernait déjà un agriculteur. Comme certains banquiers semblent vouloir s'acquitter du devoir de mise en garde en rappelant seulement à l'emprunteur la charge financière que représente le prêt, sans corréler celle-ci suffisamment avec son niveau d'endettement et ses capacités de remboursement, la Cour insiste utilement que ce devoir suppose une attitude active du banquier qui ne peut se résumer à la transmission de données statiques.

La directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de crédit aux consommateurs du 28 avril 2008 préconise des précautions similaires de la part du banquier dispensateur de crédit, obligé d'évaluer la solvabilité du consommateur à partir d'un nombre suffisant d'informations, fournies, le cas échéant, par ce dernier et, si nécessaire, en consultant la base de données appropriée (art. 8.1.), et de donner au candidat emprunteur « *les informations nécessaires à la comparaison des différentes offres pour prendre une décision en connaissance de cause sur la conclusion d'un contrat de crédit* » (art. 5.1). Il faudra veiller toutefois à ce que la combinaison de ces nouvelles exigences avec le devoir de mise en garde imposé par la jurisprudence n'inhibe l'octroi de crédit. Les consommateurs et l'économie dans son ensemble en souffriraient.

Devoir d'information sur l'étendue d'une assurance groupe. – La solution est claire depuis l'arrêt que la Cour de cassation a pris en son Assemblée plénière, le 7 mars 2007 (Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, Dr. & patr. 2007, n° 164, p. 73) : « *le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* ». Les deux arrêts rendus par la deuxième chambre civile le **2 octobre 2008** ne sont donc pas une surprise (**n^{os} 07-16.018** et **07-15.276** ➡ **015**). Ils précisent toutefois de manière utile la portée de l'obligation d'information à la charge du banquier lorsque le contrat d'assurance comporte une clause d'exclusion du risque d'invalidité à partir du départ à la retraite ou d'une limite d'âge. Dans la première affaire, l'emprunteur en activité n'avait pas atteint la limite mais n'était pas couvert contre un risque dont il pouvait pensait qu'il faisait partie de la couverture. Dans la seconde espèce, l'emprunteur payait en réalité une prime pour un risque qui n'existait plus puisqu'il était déjà en retraite et avait au surplus passé l'âge limite. La Cour de cassation se refuse de distinguer entre ces deux situations en considérant que le banquier aurait en tout état de cause dû attirer spécialement l'attention de l'un et de l'autre sur l'exclusion de garantie. L'information a sans doute man-

Extraits

➡ **014 : Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-12.759**

« Après avoir relevé qu'en dépit de son intitulé, le contrat conclu entre les parties précise que l'activité de M. S. est limitée à la présentation de clientèle pour la conclusion éventuelle d'opérations de banque, l'arrêt retient que cette mission n'est en aucun cas assimilable à un mandat de gestion, que M. S. n'accomplissait aucun acte juridique au nom et pour le compte de la banque, et n'avait aucun pouvoir pour la représenter ; que l'arrêt retient encore que la circonstance que la clientèle lui appartienne est exclusive d'un mandat d'intérêt commun dans laquelle la clientèle aurait été la propriété du mandant, au moins pour partie ; qu'en l'état de ces constatations, faisant ressortir l'absence d'intérêt à la création et au développement d'une clientèle commune aux deux parties, la cour d'appel a exactement écarté l a qualification de mandat d'intérêt commun ».

➡ **015 : Cass. 2e civ., 2 oct. 2008, n^{os} 07-16.018 et 07-15.276**

« Attendu que le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation ».

qué plus à l'emprunteur, qui se trouvait privé d'une garantie à laquelle il aurait pu s'attendre, qu'à celui qui a payé une prime inutile. La Cour aurait pu en tenir compte. En traitant les deux emprunteurs de la même manière, elle affirme une position certes plus tranchée, mais aussi plus franche.

Préjudice lié à la perte d'une chance. – Un emprunteur, victime d'une invalidité permanente, en cours d'exécution de son contrat de crédit reproche à sa banque de ne pas l'avoir prévenu que la police d'assurance à laquelle il avait adhéré auprès d'une tierce compagnie couvrait exclusivement le risque de décès et non les incapacités de travail. Les juges du fond retiennent la responsabilité de la banque mais la condamnent seulement à des dommages et intérêts relativement modiques par rapport aux échéances du prêt déjà remboursées depuis la survenance de l'incapacité. Ils ont estimé, en effet, que l'emprunteur induit en erreur avait seulement subi la perte d'une chance : celle d'être assuré également contre le risque d'incapacité, à supposer qu'il ait trouvé un assureur prêt à lui offrir cette garantie et accepté la prime correspondante. Le pourvoi introduit contre leur décision est rejeté par un arrêt du **18 septembre 2008** de la première chambre civile (**n° 06-17.859** ➦ **016**) Il était loin d'être certain, en effet, que si l'emprunteur avait été informé qu'il n'était pas couvert contre le risque d'invalidité, il aurait contracté une assurance le protégeant contre ce risque. Le coût d'une telle assurance n'est pas négligeable et l'emprunteur aurait pu préférer conserver lui-même ce risque. Au surplus, il aurait dû trouver un assureur acceptant de le couvrir. Ces aléas modulent nécessairement les conséquences susceptibles d'être attachées au non-respect du devoir d'information. En d'autres mots, le banquier qui a fait perdre une chance à son client – celle d'avoir pris une assurance couvrant le risque d'incapacité – ne doit compenser que cette perte. À un moment où le risque de responsabilité auquel se trouvent exposées les banques s'aggrave, il n'était pas inutile de rappeler que toute faute n'engendre pas un préjudice équivalent au montant du crédit.

Crédit à la consommation affecté et responsabilité. – À chacun sa responsabilité, indique la Cour de cassation dans une affaire où un banquier avait versé les sommes prêtées directement au fournisseur de l'emprunteur, dans le cadre d'un crédit à la consommation affecté au paiement de volets roulants. Le fournisseur devait s'avérer défaillant, si bien que l'acheteur obtint la résolution du contrat de fourniture et du crédit affecté. La banque se voyait également reprocher d'avoir libéré les fonds entre les mains du fournisseur sur présentation d'un simple « reçu de fin de travaux », ni signé, ni daté. Celle-ci recherchant à son tour la responsabilité du fournisseur à qui elle demandait le remboursement des sommes versées, elle se les voyait refuser par la cour d'appel en conséquence de sa légèreté dans

Extraits

➦ **016 : Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, n° 06-17.859**

« Mais attendu que la cour d'appel, statuant sur les demandes et éléments de fait qui étaient dans le débat, a décidé que si le manquement de la société Carpi à son devoir de conseil pour n'avoir pas informé Mme X... de ce que l'assurance assortissant le prêt ne garantissait pas le risque invalidité permanente l'avait privée de la possibilité de s'adresser à d'autres assureurs, ceux-ci, s'ils avaient accepté de garantir ce risque, lui auraient alors réclamé un supplément de prime qui aurait pu lui faire renoncer à cette garantie ; qu'ainsi, sans méconnaître l'objet du litige ni le principe de la contradiction, elle a considéré que le préjudice imputable s'analysait en une perte de chance qu'elle a souverainement évalué ; qu'en ses deux premières branches, le moyen n'est pas fondé ».

➦ **017 : Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-16.898**

« Le déblocage prématuré et imprudent reproché à la banque n'était pas de nature a faire obstacle à la restitution des fonds corrélative à la résolution du contrat de prêt et devait conduire à l'appréciation respective des fautes de l'une et l'autre société ayant concouru à la réalisation du préjudice pour lequel la banque avait été condamnée et dont elle demandait à être garantie ».

les conditions de déblocage des fonds, sans approbation préalable des emprunteurs. C'était confondre le rôle de chacun et la Cour de cassation remet les choses en ordre en condamnant le fournisseur à rembourser la banque, la faute de celle-ci n'étant pas de nature à le libérer de son obligation, en application des articles L. 311-21 et L. 311-22 du Code de la consommation et des articles 1376 et 1382 du Code civil (**Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-16.898** ➦ **017** D. 2008, obs. V. Avena-Robardet). Si l'emprunteur doit toujours le remboursement, y compris lorsque les fonds ont été mis directement à disposition du fournisseur, le banquier peut aussi engager sa propre responsabilité envers l'emprunteur s'il verse ces fonds de façon fautive au fournisseur. Cela ne saurait le priver de son droit de réclamer, suite à la résolution du prêt du fait du fournisseur, le remboursement par le fournisseur des sommes qui lui ont été versées, remboursement qui simultanément libérera l'emprunteur de son obligation de remboursement au titre du prêt (v. dans le même sens Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n° 06-19.753, JCP G 2008, II, 10150, obs. A. Constantin).

C – Banquier prestataire de services d'investissement

Vente de titres au comptant à découvert via Internet. – C'est encore la banque à distance qui est à l'origine de cette affaire. Un établissement bancaire, en sa qualité de prestataire de services d'investissement, offrait à ses clients la possibilité de passer des ordres de bourse par Internet. Un de ses clients fit ainsi des opérations d'achat et de vente au comptant portant sur la même action. Cependant, il ne put livrer la totalité des titres

vendus, pour avoir vendu ce qu'il n'avait pas. À la suite de ces opérations, le compte espèces fut à découvert et la banque en réclama judiciairement le remboursement. Le client opposa à la banque sa propre négligence pour n'avoir pas mis en place un système empêchant de vendre plus de titres qu'il en possédait et réclama reconventionnellement des dommages-intérêts à ce titre.

La cour d'appel n'allait pas entendre le client et ce d'autant que tout d'abord le contrat passé avec sa banque, organisant l'utilisation du service d'ordres de bourse en ligne, fixait un plafond d'ordres fautivement dépassé par le client et qu'ensuite, l'ordre ayant été passé en ligne, la banque n'avait pas eu la possibilité d'intervenir physiquement pour empêcher l'exécution de l'ordre impropre.

La Cour de cassation condamne la banque qui tenait le compte espèces comme le compte d'instruments financiers du client pour n'avoir pas mis en place un système automatisé de vérification qui aurait bloqué la transmission d'un ordre de bourse passé sans couverture préalable suffisante. Elle le fait au visa principal de l'article 1147 du Code civil et d'un texte de droit boursier tellement large qu'on peut se demander s'il contient vraiment une norme juridique dans un état de droit, l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier dans sa rédaction d'alors, mais que les actuels articles L. 533-11 et suivants du même code (➥ 018) ont repris en termes analogues (**Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-21.481**, Gaz. Pal. 15 nov. 2008, p. 13, obs. S. Piedelièvre, D. 2008, p. 2859, obs. X. Delpech).

Cette décision pourrait apparaître comme une extension de l'obligation de couverture préalable des ordres de bourse à terme aux ordres de bourse au comptant que la jurisprudence, par un revirement remarqué, a érigée en obligation tant dans les rapports entre le client et son banquier qu'à l'égard du marché (Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761, Dr & patr. 2008, n° 173, p. 93). Nous ne partageons pas cette analyse. La propriété préalable des titres que l'on vend au comptant n'est pas une couverture, c'est simplement l'application à la fois d'une règle de simple bon sens sur un marché au comptant et, dans le cas présent, le respect par le client du contrat qu'il avait signé et qui le stipulait expressément.

Cette décision peut aussi apparaître comme l'application de la règle particulière visée par l'article 321-62 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, dans ses dispositions alors applicables, et qui imposait expressément au prestataire de services d'investissement, lorsqu'il tient lui-même les comptes espèces et d'instruments financiers de son client et qu'il « *fournit les services de réception et transmission d'ordres via Internet* », de « *disposer d'un système automatisé de vérification du compte et qu'en cas d'insuffisance des provisions et des couvertures, le système doit assurer le blocage de l'entrée de l'ordre* ».

La solution ne serait alors dictée que par cette disposition particulière et spéciale. Celle-ci ne figurant plus dans les textes actuels, la solution sera-t-elle remise en cause ? Avec les autres commentateurs de cette décision, on peut légitimement en douter, tant l'orientation générale du droit bancaire et financier est en sens contraire et l'article 1147 du Code civil permettra sans doute de pallier la disparition de ce texte spécial. La question n'est pas de ne pas accorder la même protection à l'utilisateur de services à distance qu'au client qui se rend physiquement à la banque, ce qui se conçoit aisément à condition que cela soit réellement possible en pratique, mais de considérer que la banque doive être responsable lorsqu'un client spécule à la baisse en pleine connaissance de cause, en vendant à découvert sur un marché au comptant alors que son contrat, signé quatre ans auparavant et avec lequel il avait nécessairement eu le temps de se familiariser, le lui interdisait expressément.

La cour de renvoi aura peut-être à cœur de partager les responsabilités entre le client et la banque. Un cheval, une alouette !

Extraits

➥018 : C. mon. fin., art. L. 533-11

« Lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et des services connexes à des clients, les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients ».

V – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Crédit documentaire utilisable sur simple facture. – Une société française souhaitait procéder à l'importation de Corée de matériel de téléphonie. L'exportateur, afin de pouvoir faire préfinancer la fabrication par son propre banquier, obtint de son acheteur que le crédit documentaire couvrant l'opération soit payable sur présentation d'une simple facture devant être émise avant même l'expédition. Ainsi fut montée l'opération et la facture présentée huit jours après l'émission de l'accréditif, payable toutefois à cent cinquante jours de la date de la facture. Le matériel ne devait pas être livré et le donneur d'ordre s'estimant victime d'une fraude tenta d'obtenir le blocage du paiement du crédit par la banque émettrice. Il devait obtenir satisfaction devant le tribunal de commerce de Marseille.

Sur appel de la banque émettrice, la cour d'Aix-en-Provence (**CA Aix-en-Provence, 1re ch. C, 30 oct. 2008, n° 2008/1004** ➥ 019) devait constater que le donneur, en pleine conscience, avait accepté ce risque et constatait que la facture avait bien été présentée conformément aux termes du crédit. Elle devait ensuite juger que le défaut de livraison de la marchandise ne constituait pas une fraude documentaire. Aussi, rappelant le caractère autonome du crédit par rapport à l'opération sous-jacente, elle devait autoriser le paiement du crédit.

Il s'agit d'une application du principe de base du crédit documentaire de l'indépendance entre les docu-

ments et la marchandise et de l'illustration, une fois de plus, que la façon de monter les opérations est elle-même source de risques. La Cour, très justement, considère que l'inexécution du contrat commercial n'est pas en soi une fraude. Dès lors, aucune échappatoire au paiement ne pouvait subsister. Ce type de montage est d'ailleurs bien connu et ses risques identifiés : il s'apparente aux crédits documentaires avec *red clause*, permettant justement l'utilisation des crédits documentaires aux fins de préfinancement du vendeur (J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque éditeur, 2004, n° 323).

Crédit documentaire, fraude et saisie du donneur d'ordre. – C'est une question originale qui était posée à la Chambre commerciale de la Cour de cassation (**Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.729** ➡ 020) et à laquelle elle devait répondre efficacement. En effet, les deux donneurs d'ordre de ces trois crédits documentaires ouverts par la même banque au profit du même bénéficiaire s'étaient estimés victimes d'une fraude de ce bénéficiaire et avaient réussi à obtenir d'un juge la saisie conservatoire des crédits documentaires avant leur paiement par la banque émettrice. Les saisies furent ensuite converties et signifiées à la banque, qui refusa d'en tenir compte et de payer les saisissants.
Elle devait sans doute se fonder sur la jurisprudence qui dénie à un donneur d'un crédit irrévocable le droit de le révoquer, fût-ce au moyen d'une saisie (Cass. com., 14 oct. 1981, n° 80-12.336, D. 1982, p. 301, obs. M. Vasseur, JCP G 1982, II, 19815, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet, Banque 1982, p. 524, obs. L. Martin), y compris pour une créance « *étrangère à l'exécution du contrat de base* » sous-jacent (Cass. com., 18 mars 1986, n° 83-16.737, Banque 1986, p. 610, obs. J.-L. Rives-Lange, JCP G 1986, II, 20624, obs. J. Stoufflet ; sur cette question, v. J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque éditeur, 2004, n° 312). Mais devant une fraude, fallait-il maintenir cette position ou bien, en application du principe « *fraus omnia corrumpit* », accepter cette voie procédurale utilisée, au lieu de la demande en interdiction de payer ? Au visa des articles 1134 du Code civil et 3 des Règles et usances uniformes 500, la Cour censure la cour d'appel pour ne pas avoir admis une exception.
La solution paraît sage tant il serait injuste de laisser se perpétrer une fraude seulement pour sanctionner le choix d'une voie procédurale contestable. Pour autant, que la fraude ait été avérée, l'exception à l'interdiction pour le donneur d'ordre d'un crédit documentaire irrévocable de pratiquer une saisie ne heurte pas les principes du crédit documentaire. La Cour rajoute, à juste titre, que la créance doit être fondée dans son principe, rappel de l'article article 67 de la loi du 9 juillet 1991, et que son recouvrement risque d'en être menacé. Voilà qui limite encore l'exception apportée. ■

Extraits

➡019 : CA Aix-en-Provence, 1re ch. C, 30 oct. 2008, n° 2008/1004

« En acceptant que le règlement soit effectué par la société Natexis au vu d'une simple facture de la société VK Corporation afin que celle-ci puisse obtenir de sa banque coréenne le financement nécessaire à la fabrication des produits commandés, la société Avenir Telecom a, en connaissance de cause, pris le risque de faire ouvrir un crédit documentaire dans des conditions dont elle connaissait les conséquences, l'émission d'une facture sans contrôle de l'expédition de la marchandise commandée.
En toute hypothèse la fraude ne peut résulter du défaut de livraison de la marchandise commandée ».

➡020 : Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-

« En raison de l'autonomie du crédit documentaire par rapport au contrat de base, le donneur d'ordre ne peut en paralyser la réalisation, lorsqu'il est stipulé irrévocable, qu'en établissant une fraude portant sur la mise en place ou l'exécution de ce crédit documentaire ; dans ce cas, il peut faire obstacle à l'exécution par la banque de ses engagements en recourant à une saisie conservatoire, sous réserve de justifier d'une créance sur le bénéficiaire du crédit documentaire, paraissant fondée dans son principe et des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ».